



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

El Delito de Apología del Terrorismo: Un Tipo Penal Abierto

Autor/es

GONZALO AJURIA BUSTARVIEJO

Director/es

SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



El Delito de Apología del Terrorismo: Un Tipo Penal Abierto, de GONZALO
AJURIA BUSTARVIEJO

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.

© El autor, 2017

© Universidad de La Rioja, 2017

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es

EL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO: UN TIPO PENAL ABIERTO

Gonzalo Ajuria Bustarviejo

Índice

Resumen	3
1.- Introducción.....	4
2.- Desarrollo Sistemático del Tipo	6
2.1.- Evolución Legislativa y Bienes Jurídicos Protegidos	6
2.1.1.- Protección del honor de las víctimas del terrorismo y sus familias.....	9
2.1.2.- Orden público a través de una seguridad general de los ciudadanos	11
2.1.3.- El apoyo psicológico	12
2.2.- Análisis del Tipo	12
2.3.- Valoración de la legitimación del tipo.....	17
3.- Jurisprudencia Relacionada.....	22
3.1.- STS 224/2010.....	22
3.2.- STS 948/2016.....	24
3.3.- STS 121/2015.....	28
3.4.- STS 31/2017.....	31
4.- Conclusiones	35
5.- Bibliografía.....	36

Resumen

El delito de apología del terrorismo del artículo 578 del Código Penal es un tipo de injusto tan polémico como importante dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Las últimas aplicaciones del mismo dejan entrever un problema doctrinal y político criminal. En estas páginas analizaremos las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales, desarrollando de forma técnica el tipo y ejemplificando su aplicación en sentencias polémicas que nos permiten deducir que nos encontramos ante un tipo abierto, el cual encuentra cabida en una sociedad marcada por el terrorismo nacional, pero que deja de ser efectivo a día de hoy, con la amenaza terrorista internacionalizada.

Abstract

The terrorism apology felony (578 Spanish Criminal Code) is a crime as polemic as well as important in our legal system. The latest applications show us a doctrinal and a criminal policy problem. In these pages we will analyze the different legal doctrine and jurisprudence that show us that this felony is built in a way that leaves empty places and open doors. This crime, the way is written now, does not match the fight against terrorism we live in nowadays, with an international threat becoming stronger every day.

1.- Introducción

El terrorismo ha azotado nuestro país desde mucho antes de la llegada de la democracia. No obstante, fue a partir de 1978 cuando el problema se acentuó, en una España que empezaba a dar sus primeros pasos como Estado Social y Democrático de Derecho.

Uno de los medios que el Estado tiene para castigar estos comportamientos terroristas pasa por la apología de los mismos. Se trata de un instrumento igual de importante como de delicado. Esto es así porque la apología del terrorismo no tiene en nuestro país unos límites fijados con precisión y autoridad que permitan deslindar la apología y la libertad de expresión constitucional de forma clara y evidente.

Actualmente nos encontramos con un escenario complejo entre un tipo penal que se modifica para hacer frente a un nuevo terrorismo internacional y que a la vez se muestra falto de soluciones para convivir con la realidad social y tecnológica.

Un reciente barómetro del CIS¹ nos indica una escasa o casi nula preocupación de los ciudadanos por el terrorismo de ETA y un ligero ascenso del terrorismo internacional. A pesar de ello, la Audiencia Nacional en 2015 ha sentenciado de forma condenatoria 19 casos de enaltecimiento, frente a los 5 de 2011.

El objetivo de este trabajo es aportar algo de orden y luz a un precepto muy abierto que tal y como indica la memoria anual de 2015 del CGPJ², debe pasar por un proceso de reconstrucción y delimitación.

Por ello nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Cómo podemos establecer un tipo de injusto que respete la libertad de expresión y a la vez evite la impunidad? ¿Es efectivo y eficaz que la Audiencia Nacional juzgue este tipo de delitos si suponen comportamientos no violentos? ¿Qué criterios se usan para condenar o absolver al acusado de estos delitos?

Con este fin, analizaremos la legitimación del tipo penal, verificando si el bien jurídico protegido es merecedor de la protección que el ordenamiento otorga por la vía penal.

¹ http://estaticos.elmundo.es/documentos/2016/01/07/barometro_CIS.pdf (Fecha de consulta: Abril 2017)

² <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-Anual/Memoria-anual-2015--correspondiente-al-ejercicio-2014-> (Fecha de consulta: Abril 2017)

Posteriormente incluiremos un análisis detallado del tipo de injusto, desde un punto de vista exclusivamente sistemático y técnico, que nos permita desentrañar los diferentes elementos que lo forman y comprender su funcionamiento.

Por último, citaré una serie de sentencias que por su especial polémica o importancia a la hora de delimitar esa linde entre libertad de expresión y delito de enaltecimiento he escogido para este trabajo, analizando su fallo y sus fundamentos.

2.- Desarrollo Sistemático del Tipo

2.1.- Evolución Legislativa y Bienes Jurídicos Protegidos

El código penal actual regula en su art. 18, una apología a la que podemos calificar como tradicional, puesto que estaba presente desde la creación del mismo en 1995. Esta apología no es un delito específico, sino un modo de cometer los delitos de la parte especial, de esta forma se exige que los actos cometidos sean una incitación directa a cometer el tipo.

Esta visión del legislador de 1995 de limitar la apología a la parte general, no creando un tipo específico en la parte especial, provocó una interpretación extensiva del delito de colaboración con banda armada por parte del poder judicial.

Presiones de la política criminal hacen que, en el año 2000, mediante la Ley 7/2000 se tipifique el delito de apología del terrorismo, con un artículo 578 que decía lo siguiente:

El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución o la realización de actos que entrañen descrédito o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

Como se puede observar, el legislador establece en una redacción un tanto desafortunada, un tipo penal abierto, que establece de forma difusa y vaga la acción que permitirá aplicar el tipo de injusto, haciendo de la subsunción de la acción en el mismo, una tarea ardua.

Además de esta construcción gramatical pobre, el legislador no continúa con la idea descrita anteriormente del art. 18, ya no existe esa incitación directa a cometer el delito.

Este elemento que a simple vista puede ser algo de escasa importancia, es clave, puesto que el Tribunal Supremo ha calificado este delito como un “delito de opinión”³. De esta forma, una exaltación de las actividades delictivas bastará para caer en el tipo, sin que implique un ánimo directo de incitar a la comisión del delito.

³ Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002 y de 14 de junio de 2002.

Esta calificación es muy peligrosa y coincide en la visión que tiene Caruso Fontán apuntando que *un tipo delictivo no puede encontrar su fundamento simplemente en que la conducta consista en una manifestación de ideas, por muy lejanas que las mismas puedan resultar a nuestra forma de pensar y de sentir.* (Caruso Fontán, 2007, 47)

Con la llegada del terrorismo internacional del Daesh, en 2015 y a través de la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo se reformó el código penal, incluyendo el artículo 578 para quedar redactado de la siguiente forma:

El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses.

Se observa que el legislador ha aumentado la punibilidad del tipo, incrementando la pena y además le ha otorgado si cabe una mayor vaguedad e indefinición eliminando *enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión* para sustituirlo por *enaltecimiento o la justificación públicos*.

Podemos llegar a la clara conclusión de que el 578 está en constante fricción con el Derecho Fundamental a la Libertad de Expresión consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución. La envergadura de este derecho no es algo que carezca de importancia, así lo apunta la STC 159/1986, de 16 de diciembre, en el FJ 6: *el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.*

El punto de inflexión que podemos encontrar desde mi punto de vista es ese ánimo incitador. Esta intención de provocar en terceros la comisión de tipos delictivos mediante la exaltación, homenaje o apología del terrorismo marca la frontera entre lo que sería una

conducta punible y lo que sería una limitación inconstitucional del derecho a la libertad de expresión.

Con ello no pretendo establecer que la libertad de expresión sea absoluta. Es evidente que tiene límites impuestos por la Norma Fundamental: el derecho al honor, a la libertad y seguridad de las personas... Por tanto, el Estado Social y Democrático de Derecho tendrá que analizar determinadas expresiones que activen el derecho penal cuando los límites de la libertad de expresión se vean sobrepasados.

Es precisamente éste el límite difuso sometido a debate, el límite que activa el Derecho Penal para luchar contra ideologías y pensamientos que justifican, ensalzan o amparan la actividad terrorista.

Es indispensable para realizar la tarea descrita fijar el bien jurídico protegido de estos delitos y valorar si el mismo es merecedor de una protección de índole penal en virtud del principio de *ultima ratio*.

¿Qué protegemos con este tipo de injusto? Llobet Anglí establece cuatro posibilidades diferentes en torno al 578 del Código Penal (Llobet Anglí, 2011, 560-574):

1. Una protección del honor de las víctimas del terrorismo y sus familias.
2. Una suerte de orden público a través de una seguridad general de los ciudadanos.
3. Un bien jurídico preventivo: evitar la comisión de delitos terroristas por provocación indirecta.
4. Evitar el apoyo psicológico que impulse moralmente la actividad terrorista.

Me distancio de la posición doctrinal en la medida en que el tercer y cuarto bien jurídico los considero uno, y, sobre todo, los denomino de una forma diferente ya que un bien jurídico no pasa por una mera calificación: “bien jurídico preventivo”, sino que se trata de lo que el delito protege. De esta forma, para evitar el apoyo psicológico que impulse la comisión de delitos terroristas, el bien jurídico a proteger es esa deslegitimación de la lucha armada como medio eficaz en el orden constitucional establecido. Por ello, se debe evitar ese impulso moral o apoyo psicológico.

No obstante, en ningún caso podemos basar este tipo de injusto en una moral general la cual consideramos superior, independientemente de que en ella se basen nuestros principios y libertades más fundamentales. El pluralismo político es también un pilar base

de nuestro Estado y debe ser respetado en este aspecto también, independientemente de que una determinada expresión se ubique en las antípodas ideológicas de nuestras convicciones.

2.1.1.- Protección del honor de las víctimas del terrorismo y sus familias

Es evidente que la protección de las víctimas del terrorismo y sus familias debe establecerse de forma activa en la política de cualquier gobierno democrático, tanto a título individual como colectivo.

No obstante, se debe diferenciar entre las injurias ya presentes en nuestro Código Penal en el art. 510.2 de este bien jurídico del que estamos hablando.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o

nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

En un principio las injurias simplemente protegían a personas a título individual, esto fue matizado, tal y como indica el Tribunal Constitucional en dos sentencias importantes como son la STC 214/1991 y la STC 176/1995, en las cuales se reconoce la existencia de las injurias a un determinado colectivo de personas, en definitiva, de un grupo. También establece que los miembros del mismo deben ser perfectamente identificables dentro de la colectividad.

Con la reforma del año 2015, se añadió literalmente esta matización sin necesidad de interpretación doctrinal, como podemos observar.

Llegado este momento cabe preguntarse cuán legítimo es proteger el honor y dignidad de un colectivo de personas por la expresión de una ideología política, ya que, al extender el honor a determinados colectivos, la libertad de expresión puede verse limitada de forma excesiva.

Sin embargo, lo verdaderamente relevante en la construcción del tipo penal que estamos tratando es observar la legitimidad de opiniones políticas contrarias, basadas en ideologías en las antípodas del desarrollo de estados democráticos, que, por muy contrapuestas a nuestros intereses u opiniones generales, siguen siendo legítimas. En definitiva, el bien jurídico del honor de las víctimas no puede elevarse limitando la expresión de determinados argumentos políticos.

Concluimos que, si bien determinados actos de enaltecimiento pueden resultar castigados de forma ilegítima, desde la figura del 510.2 el Derecho Penal tiene una importante baza para proteger el honor y la dignidad de las víctimas del terrorismo, sin necesidad de recurrir al 578. Por tanto, el ataque directo a las víctimas de los actos terroristas no puede ampararse en la libertad de expresión y opinión.

2.1.2.- Orden público a través de una seguridad general de los ciudadanos

El segundo bien jurídico, la paz y orden públicos, nos hace construir una imagen mental de una sociedad dominada por el miedo y la aprobación tácita al terrorismo, lo que constituye un entorno propicio construido a través del enaltecimiento del terrorismo, para la comisión de los propios delitos terroristas.

La mayor crítica doctrinal realizada a este supuesto, dentro de que es la postura que mayor acogida tiene, pasa por considerar a una sociedad democrática y libre como una suerte de sociedad tutelada por la Administración y Gobierno, una sociedad inmadura que debe ser entregada a un ente con poderes sobre la misma para que la dirija en determinados aspectos. (Cfr. Vives Antón, 2001, 288)

De esta forma se evita que determinados sujetos vuelquen a la sociedad expresiones que les conduzcan a delinquir. No obstante, es difícilmente verificable la relación de causalidad entre la expresión y el daño (que sería la comisión del delito). De hecho, existe un mayor número de personas que, a pesar de recibir esa expresión, no delinquen. Por el contrario, existe un menor número que sí, pero lo hacen conscientes de la decisión que van a tomar, y acorde a la responsabilidad individual de los actos de cada persona que debe regir el Derecho Penal.

Nos remitimos por tanto a la apología de la parte general del Código Penal, en el artículo 18.1, en la cual la apología es una forma de provocación directa a la comisión de delitos:

1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

No se incluye en este tipo, por tanto, la apología de una determinada ideología afín al entorno terrorista, sino una apología de la realización del acto delictivo, con un dolo que recae sobre la incitación a la comisión.

2.1.3.- El apoyo psicológico

En cuanto al tercer bien jurídico protegido, es fácilmente argumentable su ilegitimidad. Con el apoyo psicológico podríamos decir que se consigue una provocación indirecta, por tanto, castigamos a aquellos que profesen, simpaticen o estén presentes en el entorno de una ideología determinada. De esta forma, controlamos a aquellos que consideramos que pueden cometer un delito que enaltece, privándole de su libertad.

Con este argumento todo jurista comprenderá que se trata de una medida preventiva, propia del Derecho Procesal Penal y previa a una sentencia condenatoria. Por ello nos encontramos con un bien jurídico ilegítimo.

Además, ese apoyo psicológico que hace convencer al autor del delito de que su conducta es correcta y está legitimada en un colchón de aprobación popular, carece de relación de causalidad entre el impulso moral dado por el apologeta y el delito que comete el terrorista, llegando a la conclusión de que no se puede trazar de forma continua dicha relación.

2.2.- Análisis del Tipo

Llegado a este punto debemos plantearnos una inspección más detenida del propio tipo penal de enaltecimiento del terrorismo. En nuestro ordenamiento, este delito está recogido en el artículo 578 del Código Penal, el cual establece una regulación dividida en 5 apartados. El primer apartado establece:

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

Por tanto, este artículo nos lleva en primer lugar a la definición de terrorismo y a cuáles son los delitos contenidos en el 572 a 577. La definición se encuentra en el 573.1 del CP

Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

Además, el legislador añade *los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264*, indicando que deben estar cometidos con alguna de las anteriores finalidades recogidas. Además, por supuesto, añade los presentes en el capítulo en el que nos situamos del Código Penal.

Llegado a este punto, coincido con el análisis que realiza Muñoz Conde al apuntar que las finalidades que engloban y agrupan a todos estos delitos para convertirlos en delitos de terrorismo, son terriblemente abiertas, amplias e indeterminadas. Pudiendo subsumir delitos de diversa índole en ellas sin que verdaderamente se trate de delitos de terrorismo (Muñoz Conde, 2015, 790).

Algunos ejemplos recientes me vienen a la cabeza, como la agresión a dos guardias civiles en la localidad navarra de Alsasua, en noviembre de 2016, o los disturbios ocasionados en Pamplona el 11 de marzo de 2017 en los cuales se agredió a varios agentes de policía y se dañó mobiliario público.

Obviamente, estos delitos, totalmente deleznable y ante los cuales quiero mostrar un rechazo frontal, no son para nada de mi agrado, pero ¿Son delitos de terrorismo? Si nos atenemos al artículo 573, podrían subsumirse en el tipo delictivo del terrorismo dado que podría darse la finalidad de *alterar gravemente la paz pública*, por ejemplo.

De cualquier forma, este es el punto de partida del legislador en su regulación de la apología del terrorismo.

De esta forma, y en lo que a nosotros nos concierne, los tipos delictivos que van del 572 al 577 son los siguientes:

1. Promover, constituir, organizar o dirigir una organización o grupo terrorista, participar activamente o formar parte de él. (Art. 572).
2. Depositar armas o municiones, poseer o depositar explosivos, fabricar, traficar, transportar o suministrar, colocar o emplear cualquier sustancia explosiva, incendiaria o inflamable. También incluye las armas biológicas, químicas y nucleares. (Art. 574)
3. Cualquier tipo de adoctrinamiento y adiestramiento para formar parte de una banda terrorista, tanto ideológica como técnica. (Art. 575)
4. La financiación de bandas terroristas a través de cualquier tipo de blanqueo de capitales o cualquier activo. (Art. 576)
5. Colaboración con grupos terroristas mediante cualquier tipo de acto. (Art. 577)

El juez, además, podrá imponer en caso de que lo estime conveniente, pena de prohibición de residir en un determinado lugar o acercarse a un determinado sitio y comunicarse con la víctima o acercarse a ella.

El apartado 2 del art. 578 establece:

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

Estamos sin duda ante un precepto de una importancia notoria en nuestro tiempo por el alto nivel de globalización e internacionalización de la información a la que se tiene

acceso mediante Internet. Este precepto proviene de una clara iniciativa de la política criminal, que alertó de la idoneidad de las diferentes redes sociales como Facebook y Twitter para la divulgación de mensajes en alabanza y exaltación de la actividad terrorista, sobre todo tras la aparición del Estado Islámico.

El apartado 3 del art. 578 establece:

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

Nos encontramos ante un tipo agravado que no hace sino repetir esa finalidad del 573 de alteración grave de la paz pública, pero en este caso aplicada al enaltecimiento del terrorismo. Se trata, de nuevo, de un tipo extremadamente abierto, que no nos desarrolla los requisitos que puede presentar una alteración grave de la paz pública, o cómo se puede crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella.

El legislador, si se me permite la expresión, “riza el rizo”, en este precepto, incluyendo un requisito tremendamente subjetivo sin los criterios para su distinción.

El apartado 4 establece:

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.*
- b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores*

Por último, el 5:

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

Se trata de una serie de medidas que puede adoptar el juez, incluso de forma cautelar tal y como indica el último precepto transcrito, surgidas a raíz de la preocupante expansión de estos delitos por internet y otras plataformas multimedia.

Habiendo analizado apartado por apartado el 578 del CP, nos queda establecer una distinción con esa apología general ubicada en el artículo 18 de la citada norma. Este artículo establece lo siguiente:

1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

Podemos observar de la transcripción como, ya desde 1995, existía una suerte de apología en nuestro ordenamiento, si bien, esta apología tiene una regulación mucho más minuciosa, ya que aparece en forma de provocación. Esto implica que debe existir una *incitación directa a cometer un delito*.

Esta es la clave para distinguir entre la apología genérica del 18 y la apología del terrorismo del 578. En este último, esa incitación directa, esa provocación no existe, no se nombra, abriendo la puerta a un sinfín de posibilidades y situaciones subsumibles en un precepto de una gran carga punitiva. Esto lleva a dudar del respeto de este precepto hacia el principio de proporcionalidad y culpabilidad.

2.3.- Valoración de la legitimación del tipo

Nos encontramos con un tipo de injusto que en su construcción actual encuentra un encaje constitucional algo forzado y que requerirá de concreciones futuras.

Es posible que otros autores vean en este delito un delito pluri-ofensivo, que afecta a varios bienes jurídicos a la vez. (vid. Beristain Ipiña, 1994, 109) Si bien esta posibilidad existe y puede resultar atractiva, la necesidad de concreción en este tipo de injusto me lleva a adoptar una posición unitaria respecto al bien jurídico, que necesita una delimitación exacta para poder ser efectivo y aplicable con eficacia.

Debo aclarar que la inclusión de este tipo de injusto en nuestro ordenamiento me parece totalmente necesaria, sin que en ningún momento deba ser suprimida ni expulsada de nuestro cuerpo legal. El problema es la construcción abierta del mismo y por ello considero que el tipo debe basarse en el segundo bien jurídico, desarrollado y concretado, en la medida en que la política criminal ha desbordado a la doctrina es necesaria una profunda adaptación que permita una suerte de “control” sobre personas influyentes en la sociedad, evitando que creen ese clima de amenaza, miedo y violencia. Personas que trasciendan de meros ciudadanos anónimos cuyo alcance y proyección es totalmente limitado, por mucho que se publique en una red social. (De esta forma, no es lo mismo un mensaje difundido por mí, que por Arnaldo Otegi).

¿Podríamos considerar de esta forma que el delito de apología es un delito especial? Es decir: un delito que sólo lo pueden cometer determinadas personas que tienen una serie de cualidades o estatus jurídico reconocido. Sin duda, delimitar las personas que pueden cometer este delito de forma objetiva ayudaría a la construcción de un tipo de injusto más preciso, basándonos, como ya he indicado, en el alcance y proyección públicas que puede tener esa persona.

El legislador, aparte de enfrentarse a los atroces atentados cometidos por ETA, se enfrentaba a una sociedad vasca que legitimaba, justificaba u homenajeara esos actos, ensalzándolos y atribuyéndoles triunfos rotundos sin fundamento. Entra en juego aquí el tercer bien jurídico del impulso moral, lo que hizo extremadamente difícil la lucha antiterrorista.

Para entender de forma completa la que vamos a llamar “sociedad del silencio” a la que ETA sometía a los que ellos mismos consideraban sus compatriotas es indispensable analizar primero el lenguaje que la izquierda abertzale y el nacionalismo vasco de derechas utilizaban a la hora de referirse a la banda armada, sus actos o cualquier elemento de su entorno.

Debemos fijarnos en las palabras por la simple razón de que el lenguaje no es inocente. Nadie escoge unas palabras u otras para referirse a un mismo acto sin una intención oculta.

De esta forma a los asesinatos y atentados se les llamaba “sucesos trágicos”, a la actividad terrorista de ETA se le llamaba “conflicto vasco” y a los delincuentes que eran enjuiciados y condenados se les llamaba “presos políticos”.

Sí, así es, durante años, a personas condenadas por asesinar y secuestrar a personas que simplemente no pensaban como ellos (o al menos eso es lo que creían, tampoco lo comprobaban), a su consideración como preso, se les ha puesto el adjetivo de “político”.

La definición de preso político aceptada el 3 de octubre de 2012 por el Consejo de Europa define a un preso político como:

*Una persona que a causa de sus creencias y actividades políticas esta encarcelada.*⁴

Esta definición, que proviene de un político alemán llamado Christoph Streasser, ex portavoz de Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria del grupo parlamentario del SPD (Partido Social Demócrata de Alemania) y ex Delegado del Gobierno Federal Para la

⁴ <http://www.derechos-humanos.info/home/quien-es-un-preso-politico-una-definicion/> (Fecha de Consulta: Febrero de 2017)

Política de Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria, deja fuera a todas aquellas personas que hayan sido encarceladas por el uso de la violencia o por incitar a la misma, a pesar de que sus motivaciones fueran políticas.

Este tipo de lenguaje podemos encajarlo dentro del bien jurídico del honor de las víctimas y su dignidad, vulnerados al ver que se maquilla de forma intencionada la calificación de unos actos y de unas personas que tanto dolor les han causado.

Uno de los grandes pilares de la actividad terrorista de ETA era el silencio de la sociedad vasca, que aprobada tácitamente el terrorismo y en otras ocasiones legitimaba a ETA con su voz.

Por supuesto, la extorsión jugó un papel fundamental, y el miedo llevaba a muchas personas al silencio. Esta *omerta* forzosa impulsó a ETA, que se consideró legitimada para la realización de sus crímenes.

Este clima de opresión y miradas evasivas puede ligarse al bien jurídico del orden y paz públicas. Esa sociedad dirigida por el terror y el miedo de la que hablábamos encuentra su materialización en el País Vasco de los 80 y principios de los 90, sobre todo en las zonas más rurales.

Refuerzo argumentativo era la autodeterminación del pueblo vasco y la consideración del mismo como sometido a una opresión y un yugo insoportables que justificaba lo que se denominaba la “lucha armada”.

De esta forma, ETA buscaba la internacionalización de su “conflicto”, de su “guerra entre dos Estados”. Es indispensable tener en cuenta que por mucho que la autodeterminación de los pueblos sea un derecho de largo recorrido y uso en los dos siglos anteriores al nuestro, con el cual podemos empatizar en supuestos de sumisión colonial y fundamentalismos religiosos, no se puede aplicar al caso de la sociedad vasca.

Por mucho que un fin sea completamente justo, universal y coincidente con principios democráticos, no significa que los medios para alcanzar ese fin sean legítimos, proporcionales y, en definitiva, igual de democráticos. El fin no justifica los medios.

Otra expresión muy recurrente en la órbita abertzale y nacionalista vasca es la de “abrir un espacio de representación del independentismo vasco”. La convicción de que la

sociedad vasca no estaba representada a nivel nacional provoca un sinfín de contradicciones en un terrorismo y en una ideología que considera a España como un Estado opresor y criminal del cual se quieren independizar, pero sin embargo quieren participar en él.

Llegado este momento conviene recordar que la Constitución Española de 1978 favorece los nacionalismos con la circunscripción electoral provincial, de esta forma, es más fácil que partidos minoritarios a los cuales solo les vota una población concentrada en una misma provincia obtengan representación.

Los resultados electorales de los peores años de ETA hablan por sí solos, en 1982⁵ el PNV consigue 8 escaños en las elecciones generales, en las del 86⁶, el PNV y Herri Batasuna sumaban 11 escaños.

A pesar de esta representación parlamentaria y una victoria amplia también a nivel autonómico, los atentados eran casi diarios. Además, con Herri Batasuna en el parlamento, el 19 de junio de 1987 se produce en Barcelona un atentado contra un supermercado de la cadena Hipercor. El peor atentado de ETA de la historia, dirigido exclusivamente a civiles, en el cual fallecieron 21 personas, niños incluidos y resultaron heridas 45.

Volvemos a encontrarnos ese clima de terror y miedo que coincide con el bien jurídico del orden público y paz social a proteger, vulnerados con un acto violento de tal magnitud, no obstante, en este caso hablamos de un delito de terrorismo en sí, no de un delito de apología.

En definitiva, el “conflicto”, no fue ningún conflicto, no fue una “guerra”, ni fue ningún tipo de revolución. Fue terrorismo, asesinatos, secuestros, matanzas que por mucho que quisieran darle un origen romántico y oprimido, era más bien un delirio enfermizo.

⁵<http://www.infoelectoral.mir.es/infoelectoral/min/busquedaAvanzadaAction.html;jsessionid=FEC0A8A41D7959AB8981FE8C43CB3B72> (Fecha de consulta: mayo de 2017)

⁶<http://www.infoelectoral.mir.es/infoelectoral/min/busquedaAvanzadaAction.html;jsessionid=843EC59097BC4FE6D9299362B0F1CD93> (Fecha de consulta: mayo de 2017)

En este sentido encontramos relación en este lenguaje bélico y de confrontación armada, con el Derecho Penal del Enemigo de Jackobs (Cfr. Cancio Meliá y Jackobs, 2003). Me refiero a considerar a determinados individuos como ciudadanos y a otros como enemigos, contra los que hay que librar una batalla para ganar una guerra.

Hoy en día, el terrorismo de ETA ha sido derrotado y tras una previsible disolución de la banda armada nos encontramos con una amenaza que ya no proviene de dentro de nuestras fronteras, si no desde fuera. El terrorismo islámico de Daesh golpea las democracias europeas para infundir terror y desdicha.

Este nuevo terrorismo está fuertemente atrincherado en las redes sociales, que permite a los miembros de la organización reclutar a nuevos miembros y difundir y ensalzar su mensaje con asombrosa eficacia.

3.- Jurisprudencia Relacionada

En este apartado se procederá a analizar una serie de sentencias que he escogido por su especial importancia en la historia reciente, su polémica, o bien sus casos concretos que oscilan entre libertad de expresión y delito de enaltecimiento, por lo cual nos permite dilucidar ese límite que tantas veces hemos citado para diferenciar el ejercicio del derecho fundamental, de la comisión del delito.

3.1.- STS 224/2010

Escojo esta sentencia especialmente por la fecha en la que sucedieron los hechos (justo después del atentado de ETA en la T4 del Aeropuerto de Barajas, en el que fallecieron dos personas) y las características del acto en sí, utilizando un espacio público, entendiendo espacio público como bien demanial para un uso de dudosa legitimidad.

La reproducción de estos actos a lo largo de toda la geografía vasca y navarra también suponen un aliciente que nos va a permitir determinar cómo la jurisprudencia afrontaba estos mítines u homenajes.

Los hechos enjuiciados nos llevan a Pamplona, a la presentación del partido político Acción Nacionalista Vasca, con la participación de la acusada que pronunció las siguientes palabras:

Antes de nada, este ánimo, abrazo y chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más calmoso posible, a Aureliano , Bernardo y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!

En Euskal Herria todo el mundo lo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos. (F.J. Primero)

Los terroristas que cita la acusada son los detenidos por su presunta participación pocos días atrás en el atentado de la T4 de Barajas. Habiendo ETA reivindicado el atentado dos días antes.

En este caso, la acusada fue condenada por la Audiencia Nacional por un delito de enaltecimiento del terrorismo, sin embargo, recurrió en casación al Tribunal Supremo por entender violado su derecho a la libertad de expresión y libertad ideológica.

La sala recuerda el significado de enaltecer, que lo clasifica como: ensalzar, elogiar, alabar cualidades o méritos. También establece el significado de justificar, que equivale a legitimar acciones criminales. Para caer en la tipicidad, se deben justificar y ensalzar delitos de terrorismo (571 a 577 del CP) o/y a cualquiera de las personas que hayan participado en su ejecución, así como a un colectivo de autores. (F.J. Tercero)

Por supuesto, debe ser pública, incluyendo un acto público como el que se nos expone en la sentencia.

Para diferenciar el 578 del 18 del CP la sala indica que el 578 es una *forma autónoma de apología*, que no integra la provocación directa ni indirecta a la comisión de un delito. De esta forma, encontramos un adelantamiento de la barrera punitiva, tremendamente abierta en su interpretación, que simplemente exige ese ensalzamiento o justificación.

A esta visión la llamamos la teoría de la *sustantividad propia*. De esta forma, como ya hemos apuntado, la diferenciamos de la apología del art. 18 del CP. Por esta sustantividad, la pena de prisión también es autónoma, de 1 a 2 años, mientras que en el 18 depende del delito incitado.

El tribunal estima que las frases pronunciadas en el contexto en el que fueron pronunciadas no constituyen un delito de enaltecimiento. Lo justifica indicando que no se produjeron ningún tipo de gritos a ETA, además, no se desplegaron pancartas o simbología relacionada a los dos detenidos ni, en general, ninguna proclama a favor de la actividad terrorista. El acto había sido autorizado conforme a los cauces legales establecidos. (F.J. Cuarto)

Indica el tribunal que lo que la acusada intentó denunciar con sus palabras fue una supuesta tortura y malos tratos, por lo cual se había abierto un proceso judicial para denunciarlo frente a las autoridades competentes hace pocos días, y que más bien representaba con sus palabras su afecto y cariño hacia los detenidos.

De esta forma, la sala opina que no hubo ningún tipo de exaltación o alabanza del terrorismo. Por ello, el Tribunal Supremo concede el recurso de casación anulando parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional y absolviendo a la acusada.

Será común en este tipo de sentencias la inclusión al final de un voto particular discrepante de la opinión general de la sala. Esta sentencia no es una excepción. El magistrado Julián Sánchez Melgar es el encargado de escribir un voto particular en el cual entiende por diferentes razones que el recurso de casación debería haberse desestimado.

Argumenta que la acusada se refiere, de forma pública, a presos de la banda terrorista ETA, a los cuales alaba y exalta consiguiendo ese resultado de aplausos tras su intervención y al pronunciar determinadas expresiones como “¡os queremos!”.

Apunta el magistrado que la expresión *presos políticos* implica un discurso de apología de los verdugos.

A título personal, me posiciono a favor de la opinión mayoritaria de la sala pero en base a otro criterio. No considero que se haya producido una apología, una justificación, elogio o ensalzamiento de los actos terroristas en la medida en que los dos detenidos todavía no habían sido juzgados. De esta forma, operaba sobre ellos una presunción de inocencia válida y legítima para pronunciar las palabras que la acusada pronunció.

Como destaca la sentencia, en ningún momento se produce una alabanza a las actuaciones cometidas, ni tampoco se muestran aplausos o vítores a ETA. Es de sobra conocido que la simpatía de ese entorno por la banda armada y sus fines está latente, pero no debemos dejarnos llevar por conjeturas, debemos ser precisos y taxativos en la aplicación del derecho.

3.2.- STS 948/2016

La razón principal por la cual he escogido esta sentencia ha sido por abordar un caso más grave de enaltecimiento en las redes sociales. En este caso, la Audiencia Nacional condenó al acusado por 27 manifestaciones realizadas en la red social Facebook. Las transcribo tal y como aparecen en la sentencia en los antecedentes de hecho:

1.1.- Fotografía del miembro de ETA Jesús con las expresiones ¡libertad¡ ¡solidaridad revolucionaria, en contra del imperialismo español y por la independencia del país vasco!

1.2.- Imágenes con la inscripción "Preso politikoak Askatu¡ (preso político a casa) Etxean Nahi Ditugu (los queremos en casa) Gora Euskal Herria Askatuta (Viva Euskal Herria libre)

1.3.- Imagen consistente en gran pancarta con la inscripción Amnistía ETA Askaa suna (Amnistía y libertad) y una estrella roja como símbolo utilizado por la organización ilegalizada EKIN.

1.4.- Imagen con el emblema de la organización terrorista ETA formado por el hacha y la serpiente entrelazada y su nombre EUSKADI TA ASKATASUNA sobre el mapa de Euskal Herria y los colores de la bandera ikurriña.

1.5.- Imagen de dos miembros de la organización terrorista ETA que visten el atuendo utilizado durante sus apariciones públicas formado por la boina negra, capucha blanca que oculta el rostro y jersey negro con logotipo de ETA- Bioetan Jarrai y al fondo el anagrama de ETA formado por el hacha y la serpiente entrelazada con las leyendas ETA y Bietanjarrai.

1.6.- Imagen de varios miembros de la organización terrorista ETA armados y con el rostro oculto por capuchas sobre fondo con bandera ikurriña y el anagrama de ETA, hacha y serpiente entrelazada en color negro y la leyenda EUSKADI TA ASKATASUNA en color verde.

1.7.- Foto con el anagrama de los grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO)

1.8.- Imagen de dos individuos encapuchados portando cócteles molotov y sujetando un cartel con el emblema de G.O.R.A (Grupos Organizados de Resistencia Antifascista) y la leyenda KONTRA EL ESTADO TERRORISTA GORA.

1.9.- Imagen de policías envueltos en llamas con comentarios "KE BIEN ARDE.... LA MADERA JEJEJEJE..."

1.10.- Imagen de varios individuos sujetando una bandera de España que arde con el comentario "KE BEN ARDE... A FILLA DE PUTA... QUE BIEN ARDE LA HIJA DE PUTA..."

1.11.- Imagen del anagrama de la organización terrorista "Resistencia Galega"

1.12.- Publicación del comentario (Traducido: viva resistencia Galega en lucha... patriotas gallegos-as. Por la libertad de Galicia... ahora y siempre... resistencia... y lucha... hasta el objetivo y conclusión "fial" Galicia libre"

1.13.- Imagen de dos individuos encapuchados sujetando una bandera de España en llamas.

1.14.- El día 21 de diciembre de 2012 comparte imagen del fallecido miembro histórico de la organización terrorista ETA, Virgilio , alias Orejas , con una estrella de cinco puntas.

1.15.- Imagen extraída de una película sobre el atentado terrorista contra el Almirante Alexis con el comentario "volandoooo voyyyy...volando vengoooo"

1.16.- Comentario "Gora euskadi ta askatuta... gora euskal Herria sozialista, viva Euskadi ta askatasuna (ETA).. viva euskal herria socialista."

1.17.- Vídeo correspondiente al Ongi Etorri de la miembro de ETA Herminia tras su salida de la cárcel.

1.18.- Vídeo titulado Jo ta ke sobre acciones de lucha callejera o Kale borroka y atentados contra agentes de la autoridad.

1.19.- Fotografías con la leyenda Independencia socialismo y la estrella de cinco puntas el anagrama de ETA compuesto por el hacha y la serpiente entrelazada, y un miembro de ETA encapuchado.

1.20.- Imagen del acusado junto a un dibujo de una esvástica y la inscripción G.O.R.A.

1.21.- Imagen de 5 miembros de la organización terrorista Terra Wure con la leyenda (traducida: en memoria de los patriotas muertos en combate)

1.22.- Imagen publicada por GORA de dos miembros de la organización terrorista ETA con sus rostros ocultos por capuchas con la figura de un gudari armado y sello de ETA/ euskadi Askatasuna

1.23.- Video entrevista Everardo

1.24.- Comentario: "matar fachas y Txakurras no es delito...es mi deporte favorito"

1.25.- Imagen de los miembros de la organización terrorista ETA Leon , alias Raton e Sergio , alias Gamba con la estrella de cinco puntas, la leyenda Adios y Honor y la silueta de dos gudarís armados junto a la bandera ikurriña y el anagrama de Askatasuna.

1.26.- Imagen del manual de la organización terrorista ETA Ikusi eta Ikasi (Mira y aprende. Manual básico de armas y explosivos de ETA).

1.27.- Imágenes de miembros de miembros (sic) de la organización terrorista ETA, de actos de kale borroka o de actos de la ilegalizada Herri Batasuna".

Se trata, como se puede observar, de un comportamiento habitual, cosa que indica la sentencia de la Audiencia Nacional. El acusado y su representante recurren en casación ante el supremo, que empieza el análisis por el elemento objetivo del tipo penal y haciendo referencia al mensaje número 8. (F.J. Cuarto)

En este caso el tribunal considera que se trata de un mensaje que exalta y justifica la violencia terrorista, pudiendo subsumir en él el artículo 578 del CP de forma clara y evidente.

En segundo lugar, el Tribunal analiza una imagen de unos policías envueltos en llamas, acompañada del comentario “Ke bien arde la madera jejeje”.

No cabe duda para el tribunal la justificación mediante la ironía y jocosidad de los atentados contra los policías vascos menospreciando y humillando a las víctimas policiales de atentados terroristas.

De igual forma observa el tribunal esta subsunción en el 578 en la frase: “matar fachas y Txakurras no es delito, es mi deporte favorito”.

Con estos análisis y en general observando el resto de afirmaciones, imágenes y comentarios que el acusado vierte a las redes sociales, no cabe duda que la actuación del

acusado tiene un ánimo de alabar los actos terroristas y humillar a las víctimas. Tal es la claridad de sus afirmaciones que no es necesario una construcción discursiva extensa para justificarlo. Estamos, claramente, ante un caso de un discurso del odio, sin que pueda ampararse en la libertad de expresión.

El tribunal hace una serie de menciones jurisprudenciales para reforzar su postura empezando por la STS 676/2009 de 5 de junio en la que se establece que penar este tipo de discurso, *no se trata de criminalizar mediante una condena las opiniones discrepantes, sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.* (F.J. Quinto)

Nos recuerda el tribunal que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, que debe respetar una serie de límites, entre los cuales está la tolerancia, respeto e igual dignidad de todos los seres humanos. De esta forma, la imposición de ideas mediante la violencia no puede verse legitimada en un ordenamiento jurídico de carácter democrático. Así lo establece la STC 112/2016.

Esta misma sentencia legitima la injerencia penal del 578, al ser una manifestación de ese discurso de odio.

Por ello, las diferentes manifestaciones que el acusado realiza, incitan o provocan a la violencia terrorista, y son consideradas por el tribunal, y por mi humilde persona, como parte de un discurso de odio. El ánimo a cometer actos terroristas incluye también un claro desprecio hacia las víctimas del terrorismo. Tal es la claridad de las expresiones que coincido en la valoración del tribunal a la hora de decir que el principio de necesidad y proporcionalidad, en la medida en que vamos a limitar un derecho fundamental, se ven respetados.

Finaliza el tribunal desestimando el recurso de casación.

3.3.- STS 121/2015

Esta sentencia enjuicia uno muchos pasacalles y homenajes realizados a presos de la banda terrorista que se han reproducido por el País Vasco a lo largo de los últimos años. Estos actos han sido siempre muy mediáticos, criticados en el resto de España, alabados por la izquierda abertzale y, sobre todo, muy denunciados ante la justicia y tribunales. Por

esta razón he escogido una sentencia sobre un pasacalle en la capital alavesa. Uno de los miles que se realizaron y se siguen realizando aprovechando cualquier tipo de festejo independientemente de su naturaleza.

En este caso tenemos a trece acusados, imputados por un delito de enaltecimiento del terrorismo debido a un pasacalles con el título *El Barrio homenajea a los familiares de presos y huidos / refugiados*.

Los acusados portaron fotografías de siluetas de presos terroristas, con el nombre del centro penitenciario, los kilómetros hasta su domicilio y los años que llevaba en prisión. Se recitaron versos y se bailó un *aurresku*. (F.J. Primero)

La Audiencia Nacional absuelve a los acusados del delito de enaltecimiento, pero la Asociación Dignidad y Justicia recurre en casación argumentando aplicación indebida del 578 del CP. (F.J. Segundo)

Indica que el ensalzamiento de la actividad armada se produce claramente cuando se portan siluetas y se leen versos en homenaje de los presos de la banda terrorista.

Es interesante la posición del Tribunal Supremo en esta sentencia a la hora de aplicar este tipo penal, explicando un solapamiento que existe entre el tipo penal del 578 y el ejercicio de la libertad de expresión. De esta forma, debemos encontrar una zona intermedia que impida que el derecho a la libertad de expresión se vea desvirtuado.

Esta zona intermedia es extremadamente casuística, debido a que sólo de esa forma se garantiza una aplicación del 578 de acuerdo a la Constitución. Esta zona indica el Tribunal que la forma lo que el TC en la STC 235/2007 de 7 de noviembre califica como discurso del odio. Un discurso que se basa en el exterminio del diferente con una cínica intolerancia, abandonando el pluralismo político para infundir terror a las masas y volverlas dóciles. (F.J. Tercero)

De esta forma, la zona intermedia sería la aplicable, la punible, mientras que existirían dos zonas que estarían amparadas por la libertad de expresión: una que la conformarían aquellas adhesiones al orden democrático y constitucional, y otra que la conformarían aquellos comentarios que niegan ese orden y que chocan con nuestros valores, pero que merecen respeto constitucional.

La zona intermedia sería el ensalzamiento de los actos terroristas y de los terroristas en sí a través de ese discurso del odio.

Llegado este punto toca convenir si ese pasacalles realizado puede subsumirse en esa zona intermedia. Para ello recojo las diferentes expresiones pronunciadas por los acusados:

Presa a más de cien kilómetros, siete años, hoy para ti, querida amiga, versos en tu honor, un beso y un abrazo de parte de todos los nacionalistas de izquierda.

Cantando versos te recuerdo, amigo, deberías estar aquí haciendo lo mismo.

Estas palabras llenas de fuerza, os las queremos ofrecer, con este sonido esperanzador. No ha sido fácil, pero al final, hemos conseguido plasmarlo en el papel blanco.

Sin descanso hasta ganar.

La sala considera que no existe un mensaje apoyando la violencia o de alabanza de los terroristas. Reconoce la ambigüedad estratégica que se utiliza en este tipo de actos para la aplicación del *favor libertatis*, en caso de duda en la interpretación, se escoge la más favorable a la libertad del acusado. No se considera que exista una alabanza o exaltación del terrorismo. (F.J. Cuarto)

De esta forma el Tribunal niega a la Asociación Dignidad y Justicia la casación, imponiéndole las costas.

Tenemos en este caso un voto particular del magistrado Julián Sánchez Melgar. El magistrado cita literalmente una serie de actos y textos que se podían leer en la sentencia recurrida en casación:

"Para construir tu camino, ahí mismo fuerte y sin descanso, queremos homenajearte hasta que estés entre nosotros" (que iba dirigida a Juan Alberto , destacado miembro de ETA, autor de diversos atentados terroristas). Otras pancartas rezaban lo siguiente: "Cantando versos, te recuerdo amigo, deberías estar aquí haciendo lo mismo", "Aupa David , sigue luchando, sigue organizando", "Aquí y con nosotros estarías mejor", estas y otras frases similares ("Estas palabras llenas de fuerza, os las queremos ofrecer, con este sonido

esperanzador, no ha sido fácil, pero al final hemos conseguido plasmarlo en el papel blanco")

El magistrado ve evidente el homenaje a miembros de ETA, con constantes alabanzas y versos en homenaje a ellos y sus actos, debiendo haber sido el recurso estimado.

En este caso, personalmente, coincido con la opinión del magistrado que realiza el voto particular. De hecho, me parece bastante claro que, independientemente del título que le hayan querido poner al pasacalles (ese homenaje a las familias de los presos), de facto se trata de un homenaje a los presos en sí, a miembros de la organización terrorista que han sido juzgados y condenados por atentados.

Si bien es cierto que el lenguaje está cuidadosamente elegido para intentar pasar el filtro judicial, no creo que tengamos ante nosotros ningún tipo de homenaje a los familiares, ni tampoco estamos únicamente ante una petición de acercamiento, puesto que entonces, tal y como indica el voto particular, los elogios, versos y el auresku sobaban.

Además, no sólo se hicieron alusiones a presos, si no a lo que ellos llaman *refugiados*, que son huidos de la justicia por actos terroristas. Por todo ello considero que los elementos subjetivos del tipo del 578 están de sobra cumplidos.

3.4.- STS 31/2017

La principal motivación que me ha llevado a escoger esta sentencia ha sido la especial polémica que suscitó, al ser la primera vez que una persona más o menos conocida era absuelta en primera instancia y condenada en segunda por un delito de enaltecimiento a raíz de unos mensajes publicados en la red social Twitter.

Para empezar, vamos a rescatar los mensajes que César Montaña, líder del grupo de música Def Con Dos escribió:

El fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO

A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora

Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina

Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado

Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco.

Ya casi es el cumpleaños del Rey ¡Qué emoción! (le voy a regalar) un roscón-bomba

(F.J 4)

Estos son los seis mensajes que publicó y por los cuales la Audiencia Nacional le absolvió del delito de enaltecimiento y humillación de las víctimas del terrorismo (578 CP). No obstante, el Ministerio Fiscal recurrió en casación ante el Tribunal Supremo argumentando que, a pesar de la continuidad en su infracción de un tipo penal, no se le había castigado con la pena más grave (de hecho ni tan siquiera se le había condenado), tal y como señala el 74.1 del CP, entendiéndolo como un precepto penal de la suficiente importancia como para encajar en los supuestos del 849 de la LECrim:

Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:

1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal.

Así, el TS admitió por providencia el recurso.

Argumenta el Tribunal en el Fundamento de Derecho 3 en base al dolo como elemento subjetivo del tipo de injusto del 578. Entiende el TS que el dolo en este caso pasa por: *tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia.*

Considera la Audiencia Nacional que el acusado perseguía defender a la organización terrorista o despreciar a las víctimas. Apunta el fiscal que “*se trata de una voluntaria y permanente actuación agresora y promotora de la violencia terrorista, que jurídicamente debe considerarse continuada en el tiempo*”.

Evoca la sala una serie de sentencias condenatorias ejemplificando otros mensajes difundidos por las redes sociales. Transcribo algunos de ellos, puesto que me ha parecido que la intensidad y gravedad de los mensajes son de mayor envergadura que los de César Montaña.

Aupa esa chavalería que ha arrasado con las sucursales capitalistas de mierda (sic) ciudad de Bilbao. Joder, con noticias así da gusto empezar la semana.

En un país como el Estado español, donde ha existido y sigue existiendo de forma un poco reformada, un régimen de carácter fascista, la resistencia en todas sus formas no sólo la armada, es legítima.

Por cada agresión a la clase obrera un coche- bomba.

Gora euskadi ta askatuta... gora euskal Herria sozialista, viva Euskadi ta askatasuna (ETA).. viva euskal herria socialista.

A ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con "los tuyos", so zorra ... un besito Este último con destinatario a un familiar de una víctima del terrorismo. (F.J. 5)

Interesante la argumentación del tribunal en este punto con relación a nuestra explicación del bien jurídico del honor de las víctimas como bien jurídico que legitime el 578. En esta sentencia, el Tribunal Supremo indica que el desvalor de la acción no queda del todo cubierto con el delito de injurias, justificando el contexto un mayor reproche penal. (F.J. 5)

Prosigue el tribunal, para finalizar sus argumentaciones, declarando que el tono sarcástico, irónico o satírico no le proporciona *otra tonalidad*, ni es *causa de exoneración*, indicando que los mensajes *alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano.* (F.J. 6)

Finaliza rechazando la petición de delito continuado, englobando todas las expresiones en un mismo delito, dado que el propósito es el mismo y se mantiene el discurso.

Condena a César Montaña a 1 año de prisión con 6 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

Llegado este momento conviene destacar el voto particular de uno de los magistrados: Perfecto Andrés Ibáñez, con la cual coincido de forma casi plena en su argumentación y desarrollo.

El voto particular indica que el derecho penal democrático y constitucionalista español no puede ser expansivo, ya que desvirtúa y anula el principio penal de ultima ratio. Prosigue relacionando el caso con el bien jurídico preventivo. Las palabras de César Montaña no indican que vaya a realizar acciones terroristas, más bien indican su triste afición a escandalizar.

Las palabras de César no justifican la actividad terrorista, en el sentido de que no terminan de ser meros exabruptos, sin ningún tipo de hilo argumental o lógica discursiva que permitan considerarlo como una sucesión de ideas determinante a la hora de cometer actos terroristas o de dañar a las víctimas de actos de terrorismo.

4.- Conclusiones

Hemos podido observar a lo largo de todo este trabajo las dispares posturas que provoca el delito de enaltecimiento en la jurisprudencia, las diferentes opciones que existen para justificar la inclusión de este delito en nuestro ordenamiento en base a diferentes bienes jurídicos, además de un análisis del tipo que hace ver un tipo de injusto de construcción compleja y difícil de aplicar.

No obstante, no deja de ser necesaria la inclusión del delito de enaltecimiento del terrorismo en nuestro ordenamiento. La lucha antiterrorista hoy en día ha dejado de ser un problema nacional para internacionalizarse. Son incontables los medios de comunicación a través de los cuales se puede difundir ideología y apoyo a las diferentes bandas armadas con fines terroristas operativas en el mundo que utilizan la globalización como un arma más.

Por todo ello, nuestro país necesita este tipo de injusto que debe cumplir, por encima de todo, el principio de taxatividad del derecho penal. El problema de la falta de precisión a la hora de fijar este delito nos lleva a que personas sin ningún tipo de influencia social, que apenas eran conocidas, se enfrenten a la Audiencia Nacional por escribir chistes de humor negro que han leído apenas tres mil personas, de cuarenta y seis millones de habitantes que somos.

La conversión de este delito común, en delito especial, en base a un criterio objetivo de influencia social y alcance público que sea respetado por el tribunal y fijado por la ley se erige como el siguiente paso necesario en la lucha antiterrorista, que permita hacer frente a las nuevas amenazas contra nuestro ordenamiento jurídico garantista y democrático, y no contra el humor negro o exabruptos propios de personas infantiles, que sólo buscan llamar la atención. Es indispensable la unidad en la interpretación, tanto doctrinal como jurisprudencial, para que un tipo tan complejo como el que hemos estudiado, pueda ser aplicado con éxito desde un punto de vista político-criminal.

De esta manera obtendremos un tipo penal complejo pero eficaz para combatir el terrorismo, que permita castigar aquellas conductas que representen un verdadero peligro para ese clima de paz social, libertades políticas y orden público que caracteriza a nuestro Estado de Derecho, sin centrarnos en conductas banales y sin alcance real.

5.- Bibliografía

- BERISTAIN IPIÑA, A. (1994) *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, p. 109.
- BROWN, J. (2006) “Una apología del terrorismo o, sencillamente, de la democracia...: reflexiones con ocasión del alto al fuego de ETA” *Viento sur: Por una izquierda alternativa*, N.º 87, págs. 103-108.
- CANCIO MELIÁ, M. Y JACKOBS G. (2003) *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Madrid, Civitas.
- CANCIO MELIÁ, M. (2006) “De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?” en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Coord. GÓMEZ-JARA DIEZ, C. Y CANCIO MELIÁ, M. 1ª Edición, Madrid, Edisofer, vol. I, págs. 341-382.
- CARUSO FONTÁN, M. V. (2006) “El delito de apología del terrorismo en la legislación penal española”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N.º. 20-21, págs. 399-421.
- CARUSO FONTAN, M. V. (2007) “Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología en el terrorismo)” *Revista penal*, N.º 20, págs. 32-49.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2011) “¿Qué fue de la libertad de expresión y la disidencia política en la apología del terrorismo?: En busca de su bien jurídico protegido” en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*, Coord. MASFERRER A., 1ª Edición, Cizur Menor, Aranzadi, págs. 545-592.
- MUÑOZ CONDE, F. (2015) *Derecho Penal Parte General*, 9ª Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2015) *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- VIVES ANTON T. S. (2001) “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión” en *Estudios de Derecho Constitucional homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, Coord. LOPEZ GUERRA L.M., 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, pág. 288.

- VIVES ANTÓN, T. S. (2004): “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios penales y criminológicos* , N.º. 25, pág. 399.